



You have downloaded a document from
RE-BUS
repository of the University of Silesia in Katowice

Title: Racjonalny czyli męski? : kategoria podmiotowości w dyskursie prawnym z punktu widzenia feministycznej jurysprudencji

Author: Lidia Rodak

Citation style: Rodak Lidia. (2015). Racjonalny czyli męski? : kategoria podmiotowości w dyskursie prawnym z punktu widzenia feministycznej jurysprudencji. W: A. Bielska-Brodziak (red.), "O czym mówią prawnicy, mówiąc o podmiotowości" (S. 60-73). Katowice : Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego



Uznanie autorstwa - Użycie niekomercyjne - Bez utworów zależnych Polska - Licencja ta zezwala na rozpowszechnianie, przedstawianie i wykonywanie utworu jedynie w celach niekomercyjnych oraz pod warunkiem zachowania go w oryginalnej postaci (nie tworzenia utworów zależnych).



UNIwersytet ŚLĄSKI
W KATOWICACH



Biblioteka
Uniwersytetu Śląskiego



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego

Lidia Rodak
Uniwersytet Śląski

Racjonalny czyli męski? Kategoria podmiotowości w dyskursie prawnym z punktu widzenia feministycznej jurysprudencji

Abstract: This article aims to make a critical analysis of the legal subject from the viewpoint of feminist jurisprudence. In the narrative of legal discourse, the legal subject is presented as rational and objective, however the understanding of these categories is based on established and dominant social patterns, which make up the criterion for assessing individual human behaviour from the perspective of these universalized characteristics. What results from this is discrimination against all other subjects types which do not have the characteristics of the dominant pattern. The observation of the functioning of the concept of legal subject in the Polish jurisdiction allows repeating after feminist jurisprudence that what hides behind the so-called rational entity is usually a male point of view. The adoption of a male perspective is universalised and neutralized, and subsequently applied to all other subjects taking part in legal discourse. The point of view of 'an average citizen' which is identified with 'a rational point of view' represents, in fact, a male perspective. As a result, it appears that the legal system primarily protects all the rights comprised by legal order, and not only the subjects which are protected.

Key words: feminist jurisprudence, deconstruction of the subject, rationality, gender discrimination, subjects of law

Wstęp

Przyglądając się funkcjonowaniu koncepcji podmiotu prawa w orzecznictwie sądowym, można zauważyć, iż niezwykle często przypisywana jest mu cecha racjonalności, przez którą to sąd próbuje dookreślić treść bycia podmiotem prawa. Wraz z cechą racjonalności podmiotowi często

przypisuje się również cechy uniwersalizmu, obiektywności, powszechnej akceptacji, odpowiedniości względem wzorów społecznych. Podmiot opisywany jest na podstawie założeń równości i względnego podobieństwa wszystkich podmiotów w danym systemie prawa, a ocena indywidualnych zachowań ludzkich dokonuje się przez pryzmat założonych wcześniej wzorów skonstruowanych za pomocą wymienionych już cech. Punktem wyjścia krytycznej analizy podmiotu prawa jest przede wszystkim podanie w wątpliwość zasadności pozycji uniwersalistycznych, które opisują podmiot w kategoriach naturalistycznych, opartych na założeniach o równości i identyczności wszystkich podmiotów prawa. Podmiot, który prezentowany jest jako racjonalny, uniwersalny i obiektywny, jak będę starała się wykazać w niniejszym tekście, oparty jest na utrwalonych dominujących wzorcach, które dyskryminują wszystkie inne typy podmiotowości, niespełniające cech posiadających przez dominujący wzór. Przykłady analizowane w niniejszym tekście to sytuacje, w których sąd podejmował decyzje, odwołując się do koncepcji racjonalności w stosunku do podmiotów prawnych będących kobietami.

Niniejszy tekst, oparty na tezie postawionej przez feministyczną jurysprudencję, iż za tzw. racjonalnym podmiotem zwykle stoi męski punkt widzenia¹, został zilustrowany przykładem z polskiego systemu prawnego. Analiza przypadku orzeczenia sądowego pokaże, jak zastosowanie męskiej perspektywy jest uniwersalizowane i neutralizowane, a także stosowane do wszystkich pozostałych podmiotów biorących udział w dyskursie prawnym. Utożsamiany z racjonalnym podmiotem punkt widzenia „przeciętnego obywatela” reprezentuje w istocie męski punkt widzenia, a system prawny chroni przede wszystkim praw wpisanych w porządek prawny, który nie obejmuje ochrony praw kobiet.

Cecha racjonalności jest przypisywana głównie dyskursowi męskiemu. Jednak, jak podkreślają feministki, podczas wykonywania testu racjonalności zakładana jest tylko jedna perspektywa. Problem jednak staje się widoczny, kiedy porównujemy ze sobą perspektywę męską i kobiecą, mamy bowiem do czynienia z dwoma racjonalnymi perspektywami, które się od siebie

¹ Stosowanie męskiej perspektywy jako kryterium oceny działalności racjonalnego podmiotu wpisane jest na stałe w patriarchalny obraz prawa. Dla przykładu anglosaska krytyka dotycząca klauzuli racjonalnego podmiotu koncentruje się wokół przypadków stosowania klauzuli przy orzekaniu w sprawach karnych o winie, w prawie cywilnym o zakresie odpowiedzialności, poziomie dbałości w różnych aspektach prawa umów, regulacji dotyczącej molestowania seksualnego, m.in. w prawie administracyjnym itd. Zob. więcej: *Rethinking the Reasonable Person An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*. Ed. M. MORAN. Oxford University Press 2003, a także M. MORAN: *Fun with Dick and Jane*. In: *Rethinking the Reasonable Person An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*. Oxford University Press 2003. Przykład wyroku australijskiego sądu *Lynch v Nurdin*, jednocześnie wskazuje na odmienne wzorce zachowania konstruowane dla oceny zachowania chłopców i dziewczynek.

różnią. Weźmy przykład molestowania seksualnego. Kobieta może się czuć zagrożona przez seksualne komentarze mężczyzny, a mężczyzna może nie mieć zamiaru wywoływać strachu. W przypadkach, w których nie można stosować uniwersalnych schematów zachowań, klauzula racjonalnego podmiotu nie spełnia swoich celów. Istnieją co najmniej dwie racjonalne perspektywy: męska i kobieca.

Jeśli jednak klauzula racjonalnego podmiotu jest kwestią ocenną, związaną z perspektywą podmiotu oceniającego, warto zwrócić uwagę na to, kto podejmuje decyzje w sądzie i jak to się dzieje, że racjonalność męska wypiera racjonalność kobiecą.

Koncepcja racjonalnego podmiotu

Zagadnienie podmiotowości w prawie jest tematem, który dopiero od niedawna stał się przedmiotem krytycznych badań. Klasyczne opracowania tematu definiują przedmiotowość jako odwołanie do zdolności prawnej osób fizycznych lub prawnych, a więc przez możliwość posiadania uprawnień (praw) lub obowiązków². Podmiotowość prawną nadaje prawo, zatem ma ona charakter konwencyonalny, a nie wynikający z natury samego podmiotu. Podkreśla się też, że prawo nadaje każdemu człowiekowi podmiotowość prawną od chwili urodzenia aż do śmierci, zatem, jak często wnioskuje się z tego faktu, podmiotem prawa jest osoba fizyczna³. Tak skonstruowana definicja, niewprowadzająca żadnych specyfikacji czy rozróżnień, sformułowana jest w sposób na tyle ogólny, by obejmować swym zasięgiem wszystkie podmioty. Wydaje się również na tyle neutralna, by spełniać postulaty równości wszystkich podmiotów wobec prawa, będącego jednym z głównych zasad systemu prawnego.

Czy jednak jest tak rzeczywiście, można sprawdzić, analizując orzecznictwo sądowe, w szczególności te sprawy, w których podejmowana jest decyzja na podstawie klauzuli generalnej odwołującej się do racjonalnych kryteriów lub bezpośrednio klauzuli racjonalnego podmiotu. Analiza, dokonana ze szczególną uwagą pod kątem równości wobec kobiet i mężczyzn, pokazuje, że podmiot w prawie jest postrzegany przez pryzmat praktyki sądowej, a nie deklaracji o równości.

Rozumienie podmiotu w dyskursie prawniczym jest bardzo mocno związane z koncepcją racjonalnego podmiotu, czyli kategorią wprowadzoną przez ustawodawcę do treści przepisów prawa. Koncepcja ta stała się przez ostatnie

² J. NOWACKI, Z. TOBOR: *Wstęp do prawoznawstwa*. Warszawa 2007, s. 184.

³ Ibidem.

lata niezwykle popularna i była szeroko stosowana w polskim prawie, jako że miała ona zastąpić klauzule generalne kojarzone z zeszłym systemem prawnym. Jak można przeczytać w doktrynie, kryterium rozsądku — z uwagi na pełnione funkcje — można objąć zakresem klauzul słusznościowych. Mają one zapobiegać rozdzźwiękowi między prawem stanowionym (*stricti iuris*) a poczuciem słuszności (*aequitas*) w celu realizowania sprawiedliwości⁴.

W polskim orzecznictwie można zaobserwować tendencję polegającą na stosowaniu oceny wedle zasad rozsądku zarówno przy ocenie zachowania stron, jak i ocenie stanu faktycznego. Niezwykle ważny jest bez wątpienia fakt, iż kryterium rozsądku stosowane w orzecznictwie ma duże znaczenie wspomagające przy podejmowaniu decyzji na podstawie przepisów zawierających różne klauzule generalne⁵. Występuje jako wzorzec, według którego należy postępować, jak również jako kryterium oceny zachowania innych podmiotów⁶. Dzięki zastosowaniu wzorca otrzymujemy miarę, w jaki sposób zachowałaby się rozsądna osoba, co z kolei pozwala ocenić zachowanie strony w postępowaniu. Jak się podkreśla w orzecznictwie, zastosowanie zdroworozsądkowej oceny pozwala uniknąć skutków nierzadko graniczących z absurdem, czy rażąco niesłusznymi⁷. W praktyce, kryterium rozsądku stosowane do oceny postępowania strony lub stanu faktycznego utożsamiane jest z powszechnie akceptowanymi w danym społeczeństwie wartościami i jednocześnie punktem widzenia przeciętnego obywatela, everymana. Kryterium rozsądku, używane głównie jako konstrukcja przeciętnego, racjonalnego wzorca, często opisywane jest jako „uniwersalne i obiektywne”, co z kolei ma zapewnić jego powszechną ważność i jednocześnie akceptowalność podjętej przez sędziego decyzji ocennej. Stosowanie miary rozsądku w orzecznictwie polega na korzystaniu z „wzorca osoby rozsądnej”, który podlega regułom „modelu rozsądnego postępowania”, czyli sytuacji, w której można postawić „rozsądne wymagania”, tudzież „rozsądne oczekiwania” wobec „rozsądnej osoby” czy „rozsądnego człowieka”, będącego w danej sytuacji „rozsądnym konsumentem” czy też „rozsądnym adresatem”, który również potrafi „dokonać rozsądnej oceny sprawy” — tak, jak robią to „zdrowo myślący ludzie”. Odwołując się więc do „zwykłego rozsądku” oraz „zasad doświadczenia”, „rozsądnie się starając”, dokonuje się „rozsądnej kalkulacji” „w rozsądnych granicach”⁸. Jak jednak wygląda praktyka konstruowania owych racjonalnych kryteriów?

⁴ Odnośnie do relacji *ius, iustitias* i *aequitas* zob. bliżej W. WOŁODKIEWICZ: *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* Kraków 2003, s. 34 i n.

⁵ E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*. Warszawa 2007, s. 307.

⁶ Ibidem, s. 307.

⁷ Ibidem, s. 308.

⁸ Wszystkie zacytowane fragmenty pochodzą z orzeczeń sądowych omawianych w książce E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku...*

Sposobem na podejmowanie decyzji ocennej w indywidualnej sprawie jest jej dwustronna analiza, uwzględniająca punkt widzenia ocenianej strony oraz punkt widzenia sądu utożsamiany z akceptowanym, powszechnie obowiązującym kryterium⁹. Dlatego też przy dokonywaniu oceny wedle rozsądnych kryteriów zwykle następuje podział na racje subiektywne i racje obiektywne¹⁰. Te pierwsze zwykle są uznawane przez sąd za istniejące na poziomie indywidualnej wrażliwości danej osoby, jednak dopiero poziom obiektywny, który jest wyrazem akceptacji podzielanych przez sąd przesłanek, daje sądowi argument do pełnego uznania racji strony postępowania. Na przykład istotność błędu rozstrzyga kryterium subiektywne i obiektywne, czyli takie, jakie podzieliłby każdy rozsądny człowiek.

Klauzula racjonalności jest również uważana za tzw. transplant prawny z systemu anglosaskiego, w którym występuje pod nazwą „reasonable man” lub „reasonable person”. Jak wskazuje krytyka dokonana z perspektywy feministycznej, za męską nazwą kryje się tu również męski punkt widzenia. Przykładanie męskich wzorców w procesie stosowania prawa i ich krytyka ma długą historię. Przywoływana jest często parodia racjonalnej męskiej perspektywy, stosowanej w fikcyjnej sprawie *Fardell vs Potts* opisaną przez A.P. Herberta w „Uncommon Law” z 1935 roku: „Nigdy nie znalazłem w prawie kategorii racjonalnej kobiety. Jeśli któraś ze stron nie zachowywała się według standardów racjonalności, to okazywało się że to musiała być kobieta”. Późniejsza feministyczna krytyka podkreślała, że idealizujący wzór racjonalnego zachowania w zbyt uproszczony sposób przedstawia skomplikowaną deskryptywno-normatywną naturę tego pojęcia. Jak pokazują badania nad anglosaskim orzecznictwem, standardy racjonalności budowane są na podstawie tego, co uznawane jest za naturalne i normalne. W orzeczeniach wydawanych w stosunku do dzieci budowano inne wzory racjonalnego, czyli normalnego zachowania w stosunku do dziewczynek i chłopców. I tak, w stosunku do chłopców, granica tolerancji dla nieuważnego zachowania narażającego zarówno ich własne, jak i innych bezpieczeństwo, była inaczej wyznaczona niż dla dziewczynek, dla których nieroztropne zachowanie wogóle nie mieściło się w normach normalności¹¹.

⁹ Np. art. 84 paragraf 2 k.c. „rozsądna ocena” i art. 948 par. 2 „rozsądna treść”, w przepisie o umowie agencyjnej itp.

¹⁰ E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku...*, s. 332.

¹¹ M. MORAN: *Introduction*. In: *Rethinking the Reasonable Person...*

„Przeciętny obywatel” — orzeczenie sądu apelacyjnego

Przykładu ilustrującego omówione dotychczas kwestie może dostarczyć orzeczenie warszawskiego sądu apelacyjnego, w którym sąd rozstrzygał kwestię naruszenia dóbr osobistych w związku z dyskryminacją zgłoszoną przez fundację obrony praw kobiet. Sprawa została wytoczona przeciwko firmie komputerowej, która posługiwała się billboardem reklamowym przedstawiającym leżącą na brzuchu kobietę, w rozpiętych dżinsach i różowym gorsecie. Fotografia została opatrzona hasłem reklamowym: „Od września dajemy za darmo”. Na drugiej planszy pojawiały się informacje dotyczące usług internetowych świadczonych przez firmę komputerową.

Sąd w obu instancjach odrzucił podnoszone przez skarżącą kwestie, iż reklama odwołuje się do seksistowskich skojarzeń, poniżających i naruszających godność kobiet oraz umacnia stereotypy płciowe, sprowadzając kobiety do roli obiektów seksualnych¹². Sąd uznał również, że dobra osobiste skarżącej nie zostały naruszone w związku z zaistniałą sytuacją. Argumentując swoją decyzję, wskazał, że naruszenie dóbr osobistych może zaistnieć na dwóch poziomach, subiektywnym i obiektywnym. Poziom subiektywny to indywidualne uczucia każdej osoby, które mogą być różnorodne i objawiać się w odmienny sposób. Jak podkreślił sąd, nie można kwestionować tego, że na poziomie subiektywnym powódka czuła się dyskryminowana i poniżona w związku z wizerunkiem kobiety przedstawionej na billboardzie, jednak to nie wystarcza do uznania, iż jej dobra osobiste zostały naruszone. Kluczowe do podjęcia decyzji jest bowiem kryterium obiektywne, pozwalające ocenić, czy dobro osobiste rzeczywiście zostało naruszone. W tym celu, dokonując oceny, sąd odwołuje się do obiektywnych kryteriów, którymi są „poglądy panujące w społeczeństwie”, które można zastosować przez odwołanie się do abstrakcyjnego wzorca „przeciętnego obywatela”.

Kim zatem jest ów „przeciętny obywatel”, jaki jest jego punkt widzenia, jakie wyznaje wartości i jakie założenia towarzyszą sądowi przy ustaleniu obiektywnych kryteriów uzasadniających uznanie, że powszechnie akceptowane przez społeczeństwo dobra osobiste obiektywnie, a więc uniwersalnie, nie zostały naruszone.

Sąd, tłumacząc, jak wzorzec został zbudowany, nie wskazuje jednak dokładnie wartości pomocnych w konstruowaniu owego wzoru, który pozwala mu podjąć decyzję, wyjaśnia natomiast ogólnie, iż „wynikają one ze społecznych ocen, stanowią przedmiot uznania społecznego i typizacji, o których

¹² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r. I ACa 1034/12. [Tekst orzeczenia pochodzi z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej pod adresem <http://orzeczenia.ms.gov.pl>].

istnieniu rozstrzyga osąd opinii publicznej”. Sąd podkreśla dodatkowo, iż są to wartości jednocześnie powszechne i akceptowane przez dany system prawny. Tu następuje powołanie na literaturę z roku 1979, omawiającą dobra osobiste oraz prawo cywilne z 2003¹³ roku. Argumentacja sądu jest bardzo ogólna i nie zawiera bezpośredniego wskazania, jakie dokładnie wartości są uznane przez sąd jako społecznie akceptowane. W zamian, opierając się na tezie, iż „dobra osobiste kobiet i mężczyzn są takie same”, konkluduje, iż w danym przypadku do naruszenia dóbr nie doszło. Sąd stwierdził, że pomimo oczywistych różnic pomiędzy kobietami i mężczyznami, nie są one na tyle istotne, by stworzyć katalog dóbr przysługującym wyłącznie kobietom¹⁴. W tym przypadku oznacza to, że nawet jeśli traktowanie kobiet tak samo jak mężczyzn oznacza dla nich pozostawanie w sytuacji dyskryminacji ze względu na szczególne zagrożenia treściami o charakterze seksistowskim (motyw używania kobiecego ciała w kontekście seksualnym), sąd nie widzi potrzeby uruchomienia szczególnych praw mających chronić kobiety, stwierdzając, że billboard nikogo nie obraża. Nie różnicując kobiet i mężczyzn, sąd uznaje, iż obowiązuje wobec nich jedna wspólna miara, która ma zastosowanie w takim samym zakresie do obu płci, co jest wyrazem społecznie akceptowanych wartości. Jednakże, jak się okazuje, miara ta jest akceptowana w większości przez mężczyzn. Z kolei kobiety wykazują zdecydowany sprzeciw wobec używania wizerunku kobiet w instrumentalny sposób. Być może seksistowska reklama jest wyrazem wolności słowa i nie godzi w utrwalone wartości patriarchalnego społeczeństwa, jednak kobiety stanowiące 50% grupy społecznej nie zostały wysłuchane. Punktu widzenia sądu nie podzielają zarówno kobiety z fundacji Gender Center, które pozwały firmę posługującą się reklamą, oraz te, które złożyły sądowe zeznania w postaci oświadczeń opisujących odbiór reklamy jako poniżający i dyskryminujący. Pod uwagę powinien być również wzięty odzew kobiet, który pojawił się po prezentacji sprawy sądowej w mediach — na forach internetowych kobiety wyrażały swoją solidarność z fundacją.

Argumentacja sądu oparta została na obiektywnej koncepcji dóbr osobistych oraz na argumentach z autorytetu, charakterystycznych dla dyskursu prawnego. Wskazując więc na potrzebę zastosowania obiektywnego kryterium, sąd powołuje inne orzeczenia Sądów Najwyższych, wskazujące, jak kryteria obiektywne konstruować. Należy więc „uwzględnić odczucia szerszego grona uczestników i powszechnie przyjmowane, a zasługujące

¹³ Zob. m.in. A. SZPUNAR: *Ochrona dóbr osobistych*. Warszawa 1979, s. 107; A. CISEK: *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*. Acta UW, Prawo CLXVII, Wrocław 1989, s. 39; Z. RADWAŃSKI: *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa 2003, s. 156.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r. I ACa 1034/12. [Tekst orzeczenia pochodzi z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej pod adresem <http://orzeczenia.ms.gov.pl>].

na akceptację normy postępowania, w tym normy obyczajowe i wynikające z tradycji". I znów wydaje się, że powszechnie przyjmowane przekonania społeczne akceptują instrumentalne wykorzystywanie wizerunku kobiety jako obiektu seksualnego — narzędzia reklamy.

Z prezentowanego poglądu, że dobra osobiste są przyznawane każdemu z faktu urodzenia wynika, że nie mogą one być ograniczane przez przynależność płciową, rasową, narodowościową, majątkową czy inną — na tej podstawie sąd wnioskuje, że kryterium płci nie może konstruować odrębnej kategorii dóbr osobistych¹⁵. Wnioskowanie to wydaje się nieuprawnione, gdyż nie można ograniczać praw do ochrony z powodów narodowościowych, rasowych czy płciowych, jednakże niezależnie od tego, można z tytułu przynależności do tych kategorii być dyskryminowanym czy poniżanym. Nie wydaje się też, aby potrzeba było odrębnego katalogu dóbr osobistych ani ich rozszerzania, by uznać fakt znieważenia czy naruszenia godności.

Kolejnym kontrowersyjnym argumentem dostarczonym przez sąd była odmowa uznania, że identyfikacja powódki z kobietą przedstawioną na billboardzie reklamowym, dzięki identyfikacji przez tożsamość bycia kobietą, nie uzasadnia objęcia ochroną. Sąd stwierdził brak związku pomiędzy skarżącą a kobietą przedstawioną na billboardzie, czyli brak tzw. obiektywizacji subiektywnych kryteriów. Dodatkowo sąd powołał się na analogię z innym orzeczeniem, w którym obraza Jana Pawła II przez identyfikowanie się z nim osoby jego przyjaciela była wystarczająco silna, żeby uznać — jak to ujął sąd — „zobiektywizowane subiektywne poczucie powoda”. Trwanie w więzi przyjacielskiej z wielkim Polakiem, czyli subiektywne uczucie identyfikacji, zostało przydzielone do poziomu obiektywnego, z kolei fakt identyfikacji tożsamości społecznej czy biologicznej na poziomie bycia kobietą za obiektywny uznany nie został.

Jak wynika z przeanalizowanych argumentów, w obiektywnej koncepcji dóbr osobistych, jak wskazuje sąd, to nie indywidualna ocena osoby poszkodowanej decyduje o tym, iż jej dobra osobiste zostały naruszone. Najważniejszy jest fakt, iż system prawny chroni owe prawa i wartości, gdyż są one w niego wpisane i sam system prawny „aprobuje potrzebę ochronę tych wartości”. Jak widać na przytoczonym przykładzie, prawa kobiet przez fakt utożsamienia ich z uniwersalnymi wartościami, które faktycznie reprezentują męski punkt widzenia, nie znajdują ochrony prawnej.

Z kolei próba rekonstrukcji społecznych założeń rezultatów sądowego rozumowania w tym przypadku wskazuje, że do zespołu wartości chronionych przez prawo, które funkcjonują w polskim społeczeństwie, z pew-

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r. I ACa 1034/12. [Tekst orzeczenia pochodzi z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej pod adresem <http://orzeczenia.ms.gov.pl>].

nością nie należy ochrona wizerunku kobiety, której ciało traktowane jest instrumentalnie jako narzędzie reklamy. Przeciwnie, wartością, która używała ochronę jest wolność słowa, szczególnie przysługująca mężczyznom. Wygląda więc na to, że punkt widzenia „przeciętnego obywatela” to męski punkt widzenia. Dowody w postaci reakcji innych kobiet i ich wypowiedzi, które zostały dostarczone sądowi, jednoznacznie wskazywały na odbiór reklamy jako poniżający i dyskryminujący, podobnie jak u skarżącej.

Sąd, odmawiając uznania, iż naruszenie dóbr osobistych miało miejsce również na płaszczyźnie obiektywnej, prezentuje społeczeństwo, które akceptuje lub co najmniej nie czuje się urażone wizerunkiem uprzedmiotowionej kobiety, występującej w roli obiektu seksualnego, który „oddaje się za darmo”. Czy jednak rzeczywiście tak jest? Czy to jest ocena przeciętnego obywatela?

Informacji na temat opinii społecznej dostarczyć może niedawna kampania amerykańskiej firmy oferującej smartfony OnePlus One¹⁶, która ogłosiła konkurs skierowany do kobiet, by zareklamowały logo firmy swoim ciałem. Najlepsze pomysły miały być wybrane przez męskie jury, a pośród uczestniczek miano rozlosować nagrody. Prace konkursowe zaskoczyły organizatorów, gdyż nadesłane przez kobiety zdjęcia rzeczywiście prezentowały logo firmy „w ciele”, zgodnie z wymaganiami, jednakże uczestniczki, używając mowy ciała, wyraziły swój negatywny stosunek do konkursu, nadsyłając fotografie wyrażające sprzeciw. Jednoznacznie negatywny rezultat akcji pokazuje, że jeśli odda się kobietom głos w sprawie utożsamiania ich wyłącznie z ciałem w kontekście seksualnym, wyraźnie potwierdzą brak aprobaty i przyzwolenia na tego rodzaju działania. Fala oburzenia dotarła także do Polski — również polskie kobiety, głównie na forach internetowych, przylączyły się do protestów.

Źródła męskiej racjonalności

Próbując odpowiedzieć na pytanie o źródła utożsamiania racjonalności z perspektywą męską, należy cofnąć się do czasów Kartezjusza. Obecność rozsądku czy kategorii racjonalności w szerokim znaczeniu w historii, filozofii, nauce czy prawoznawstwie¹⁷ nie może być ujmowana jako linearna historia rozwoju tego pojęcia czy historii różnych jego ujęć. Biorąc pod uwagę

¹⁶ Zob. <http://natemat.pl/113329,nie-miesza-j-gadzetow-z-damskim-dekoltem-smartfonowy-konkurs-zakonczyl-sie-sluszna-furia-kobiet>

¹⁷ Por. E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku...*, s. 1–92.

dwie krytyczne interpretacje dominującej narracji na temat racjonalności (S. Bodo i M. Foucault), można zauważyć wyraźną rozbieżność pomiędzy różnymi rozumieniami i praktykami tego, co mogło być uznawane za rozsądne w różnych okresach historycznych, czy epistemach — by użyć terminów Foucault.

Starożytni łączyli kryterium rozsądku głównie z oceną słusznościową. Jak mówił Gaius, rozsądek zatem to kryterium o cechach obiektywnych, które jest pomocne w ustaleniu praw uniwersalnych, które akceptują wszyscy ludzie, i co więcej — posługują się nimi¹⁸. Najistotniejsze jest jednak uwarunkowanie takiego pojmowania rozsądku, obiektywności i słuszności. Jak wskazuje M. Foucault, dla świata starożytnego prawda była nie tylko wartością dla każdego człowieka, lecz także miała potencjał wyzwalający. Istniało zatem jedno źródło, z którego płynęło to, co słuszne, sprawiedliwe, dobre i rozsądne. Mogło być ono zatem aplikowane przy podejmowaniu decyzji jako spełniające wymogi racjonalności, a zarazem słuszności i sprawiedliwości w obliczu oświeclającej je prawdy zbawiającej jednostkę.

Po Kartezjuszu z racjonalności i obiektywności wyłączone zostają jakiekolwiek elementy subiektywności, przez co owa perspektywa zyskuje walor uniwersalności i w tym sensie jest ważna dla wszystkich. W praktyce powoduje to odwołanie się głównie do standardów formalistycznych, co w konsekwencji doprowadza do stosowania kryterium racjonalności jako „bezdusznej reguły technokratycznej”. Jest to powszechnie stosowany zabieg, który ma wyeliminować zaangażowanie subiektywnych czynników, powodujących stronniczość.

Postępująca racjonalizacja prawa Europy Zachodniej, opisana przez Maxa Webera, w efekcie zamyka uczestników dyskursu w klatce „rozumu” dążącego do pewności, przewidywalności, odwołując się głównie do formalistycznego typu uzasadnień. Takie rozumienie kryterium rozsądku jest dokładnym przeciwieństwem kryterium słuszności czy sprawiedliwości, do którego odwoływano się np. w starożytności, a do którego również dzisiaj odnosi się postulat ujmowania kryterium rozsądku jako kryterium słusznościowego. Ta przemiana rozumienia obiektywności i rozsądku jest przyczyną wielu nieporozumień związanych ze stosowaniem klauzuli racjonalnego podmiotu, ponieważ powstaje pytanie dotyczące możliwości i konsekwencji stosowania klauzul oraz wypełniania celu, do jakiego zostały powołane, czyli ograniczenia subiektywności i arbitralności. Po wtóre należy zadać sobie pytanie, czy klauzula rozsądku nie jest wyłącznie formalistycznym zabiegiem z góry skazanym na niepowodzenie? Z jednej strony bowiem jest uprawnieniem do decydowania w oparciu o kryteria słuszności, a z drugiej — ma zabezpieczyć przez subiektywnością i arbitralnością. Ze względu na

¹⁸ Ibidem, s. 49.

tę sprzeczność nie może dziwić pewnego rodzaju schizofrenia związana z praktyką jej stosowania.

Obecnie klauzula racjonalnego podmiotu jest miarą oceny zachowania podmiotu prawa, któremu wyznacza się standardy postępowania, oparte na wzorcu, któremu powinien dorównać. Uznaje się, że „przekonania i standardy w zakresie zachowania i odpowiedzialności korespondują z powszechnymi opiniami i przekonaniem zwykłych ludzi w danym społeczeństwie, w danym czasie, którzy rzadko pozwalają, aby ich emocje wzięły górę nad rozumem (rozsądkiem), i którzy mają umiarkowane poglądy i zrównoważone usposobienie”¹⁹.

Widać zatem, że racjonalność, wiązana głównie z obiektywnością, ma jednak bardzo silny potencjał oceniający, niekoniecznie jednak pozbawiony subiektywizmu. By przypomnieć słowa sędziego Aharona Baraka: „gdy stosuję klauzulę racjonalnego podmiotu, myślę w pierwszej kolejności o sobie”²⁰. Nikt z nas bowiem nie myśli, że jest nieracjonalny, czyli konstruuje standardy postępowania w danej sytuacji, które on/ona — jako racjonalny podmiot uważa za konieczne do spełnienia. Zresztą, klauzula racjonalnego podmiotu została wprost nazwana klauzulą generalną²¹, czyli stosowaną w sytuacjach dyskrecjonalności sędziego, kiedy to — wedle definicji samej klauzuli generalnej — występuje konieczność dokonania oceny sytuacji²². Ocena ta bazuje przecież na ocenie własnej stosującego prawo, która odwołuje się do zdroworozsądkowych argumentów, tego, co najbardziej pożądane, rozsądne i akceptowane w danej sytuacji przez stosującego prawo.

Założeniem klauzul rozsądku jest zabezpieczenie przed subiektywnością i arbitralnością sądów²³, w efekcie jednak okazują się przepustką do zastosowania subiektywnej oceny w sposób zgodny ze zdrowym rozsądkiem i wymogami obiektywności.

Podsumowanie

Statystyczny polski sędzia jest kobietą. Polskie sądy w większości są zdominowane przez kobiety: w sądach rejonowych panie stanowią 65% kadry

¹⁹ R.F.V. HEUSTON: *Salmond on the Law of Torts*, 17th ed., 1977, s. 56. Za: E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku...*

²⁰ A. BARAK: *Judicial Discretion*. New Haven and London, 1989, s. 125.

²¹ E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna rozsądku...*, s. 1–459.

²² J. NOWACKI: *O przepisach zawierających klauzulę generalną*. W: *Studia z Teorii Prawa*. Zakamycze 2003, s. 140.

²³ E. ROTT-PIETRZYK: *Klauzula generalna...*, s. 51.

sędziowskiej, w okręgowych — 61%, a w apelacyjnych — 58%. Szczególnie duży odsetek kobiet odnotowywany jest w sądach rejonowych apelacji katowickiej — panie stanowią tam 72% kadry²⁴. Z kolei sądy rodzinne właściwie w większości obsadzone są przez kobiety. Paradoksalnie jednak, jak wskazuje M. Fuszara, kobiety pełniące obowiązki sędziów szczególnie w sprawach rozwodowych powielają patriarchalne wzorce²⁵. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, instytucje mogą być zmaskulinizowane na dwa sposoby: nominalnie, kiedy mamy do czynienia z liczebną przewagą mężczyzn nad kobietami, oraz substancjalnie, kiedy dominuje męska perspektywa w podejmowaniu decyzji²⁶, czyli pomimo liczebnej przewagi kobiet, nadal stosowane są patriarchalne wzorce. Ta typologia zdaje się opisywać sytuację w polskich sądach, gdzie pomimo swojej liczbowej przewagi kobiety aplikują patriarchalne wzorce. W orzekaniu sądowym uwidacznia się to w kierowaniu się stereotypami określającymi status kobiety jako słabszy, związany ze sferą prywatną²⁷, jak również w trywializowaniu spraw, które są typowe wyłącznie dla kobiet. Podobnie stosowanie obiektywnych kategorii, pozornie obejmujących swym zakresem wszystkie podmioty, w rezultacie prowadzi do pozornej równości. Podział bowiem opiera się na kryteriach formalnych i w efekcie powoduje wyłącznie formalną sprawiedliwość i tym samym dyskryminację pośrednią i wykluczenie. Taka sytuacja przypomina narzucenie jednej dominującej perspektywy jako ważnej i uniwersalnej dla każdego. Racjonalność i obiektywność są więc formą ukrytej przemocy, zawartej nawet w samym języku, w którym wyraża się prawo. Obowiązującą formą jest rodzaj męski, natomiast rodzaj żeński używany jest w stosunku do spraw, których adresatami są kobiety, wobec czego reguła sformułowana jest w rodzaju męskim, a wyjątek w żeńskim²⁸. W rezultacie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy to prawo strukturalnie wyklucza kobiety, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i aplikacji prawa.

W świetle przeprowadzonych dotychczas analiz zadziwia sytuacja, w której kobiety wykonujące zawód sędziego, podejmujące decyzje w sprawach in-

²⁴ W. TUMIDAŁSKI: *Sędzia statystyczny*. Zob. <http://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-18/wokanda-18/sedzia-statystyczny.html>, (na podstawie raportu KRS z 2012 roku).

²⁵ M. FUSZARA: *Women Lawyers in Poland under the Impact of Post 1989 Transformation*. In: *Women In Legal Profession*. Ed. U. SCHULZ. Oxford 2003, s. 375.

²⁶ *Theoretical Introduction: Gender in Organizations*. In: *Gender and Bureaucracy*. Eds. M. SAVAGE, A. WITZ. Oxford 1992.

²⁷ Art. 23. Kodeks rodzinny „**Małżonkowie mają równe prawa i obowiązki w małżeństwie**”. Jednak obowiązki mężczyzny sformułowane są negatywnie (nie powinien nadużywać alkoholu, znęcać się nad dziećmi i żoną, zdradzać żony), a obowiązki kobiety pozytywnie (powinna dbać o dzieci i innych członków rodziny oraz wykonywać prace domowe: sprzątanie, gotowanie, pranie). Zob. M. FUSZARA: *Feministyczna socjologia prawa*. Prace Instytutu Stosowanych Nauk Społecznych. Red. J. KURCZEWSKI. Uniwersytet Warszawski. Warszawa 1999.

²⁸ Ibidem, s. 383–411.

nych kobiet, nie korzystają w ramach dyskrecjonalności z możliwości wyjścia poza „męski paragraf”, ale stosują patriarchalne schematy. Jak takie zjawisko można wytłumaczyć? Po pierwsze, nawiązując do wspomnianej wcześniej L. Irygaray, która wskazuje, iż kobiety, wkraczając w męski dyskurs, mówią męskim językiem i grają w męską grę. Chcąc uczestniczyć w dyskursie publicznym, przyjmują jego zasady, ponieważ inaczej nie są słyszalne. Ceną za uczestnictwo w debacie publicznej jest utrata własnej tożsamości.

Drugim możliwym wytłumaczeniem takiego stanu rzeczy jest poddanie się regule normalizującej, używając terminów M. Foucault. Dyskurs prawniczy jako dyscyplina wysoce sprofesjonalizowana wyznacza reguły, którym należy się podporządkować, nie pozostawiając miejsca na nieujarzmioną podmiotowość, indywidualność czy subiektywność. Mówienie własnym głosem nie jest już możliwe, ponieważ podmiot jest już uformowany, ujarzmiony i jego celem jest kontynuowanie praktyki dyskursywnej, wedle której został zdefiniowany.

Zatem realizacja subiektywności nie ma racji bytu zarówno w przypadku sędziego, jak i tych, którzy poddawani są wymiarowi sprawiedliwości. W tym sensie obie strony w podobny sposób poddane są władzy dyskursu, podobnie podporządkowane tym samym obecnie obowiązującym „obiektywnym” kryteriom. I nie ma większego znaczenia, do kogo miałyby należeć indywidualny subiektywny głos, gdyż szanse na jego wysłuchanie wydają się nikłe.

Literatura

- BARAK A.: *Judicial Discretion*. Yale University Press, New Haven and London, 1989.
- FUSZERA M.: *Feministyczna socjologia prawa*. Prace Instytutu Stosowanych Nauk Społecznych. Uniwersytet Warszawski. Red. J. KURCZEWSKI. Warszawa 1999.
- FUSZERA M.: *Women Lawyers in Poland under the Impact of Post 1989 Transformation*. In: *Women In Legal Profession*. Ed. U. SCHULZ. Oxford-Portland, Oregon 2003.
- NOWACKI J., TOBOR Z.: *Wstęp do prawoznawstwa*. Oficyna Wolter Kluwer 2007.
- NOWACKI J.: *O przepisach zawierających klauzule generalne*. W: IDEM: *Studia z teorii prawa*. Zakamycze 2003.
- MORAN M.: *Fun with Dick and Jane*. In: *Rethinking the Reasonable Person An Egalitarian Reconstruction of the Objective Standard*. Ed. M. MORAN. Oxford University Press, 2003.
- ROTT-PIETRZYK E.: *Klauzula generalna rozsądku w prawie prywatnym*. Warszawa 2007.
- SZPUNAR E.: *Ochrona dóbr osobistych*. Warszawa 1979, s. 107; A. CISEK: *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*. Acta UWr, Prawo CLXVII, Wrocław 1989, s. 39.

RADWAŃSKI Z.: *Prawo cywilne — część ogólna*. Warszawa 2003.

WITZ A., SAVAGE M.: *'Theoretical Introduction: Gender in Organizations'*. In *Gender and Bureaucracy*. Eds. M. SAVAGE, A. WITZ. Oxford: Blackwell, 1992.

WOŁODKIEWICZ W.: *Czy prawo rzymskie przestało istnieć?* Kraków 2003.

Źródła internetowe

<http://natemat.pl/113329,nie-mieszaj-gadzetow-z-damskim-dekoltem-smartfonowy-konkurs-zakonczy-l-sie-sluszna-furia-kobiet>

<http://nawokandzie.ms.gov.pl/numer-18/wokanda-18/sedzia-statystyczny.html>, na podstawie raportu KRS z 2012 r.

Orzecznictwo sądowe

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 marca 2013 r. I ACa 1034/12 [tekst orzeczenia pochodzi z bazy Portalu Orzeczeń Sądów Powszechnych dostępnej pod adresem <http://orzeczenia.ms.gov.pl>].